

中止未遂における 任意性の概念について

江 藤 隆 之

I 問題の所在と本稿の目的

II 学説・判例の状況

1. 主 観 説
2. 限定的主観説
3. 客 観 説
4. 折 衷 説
5. 不合理決断説
6. 判 例

III 分析と私見

1. 分 析
2. 私 見

キーワード：中止未遂，任意性，フランクの公式

I 問題の所在と本稿の目的

犯罪の実行に着手した行為者が既遂にいたる前に自ら当該犯罪を中止し、その恩典として未遂を理由とする処罰を免れるにあたり、ドイツ刑法24条は、中止行為が *freiwillig*（任意）に行われたことを要求している。それでは、いかなる基準によって中止行為が *freiwillig*（任意）であったか否かを判断するのか。任意性の概念は中止未遂のコンテキストにおいていかなる意義（Sinn）を有するのか。この“*Freiwilligkeit*”の意義をめぐる問いについて、わたくしはすでに論稿を発表し、ドイツで従来行われてきたよ

うな「心理的任意性概念か規範的任意性概念か (psychologischer Freiwilligkeitsbegriff oder normativer?)」という単純な二者択一では問題は解決し得ないことを指摘した。特に、心理的任意性概念は、それがフランクの公式⁽²⁾であるか、シュレーダーの自律・他律説⁽³⁾であるか、シュミットホイザーの利益関心説⁽⁴⁾であるか、BGHの客観的心理的任意性概念⁽⁵⁾であるかにかかわらず、具体的事例解決の際に問題を生じることを指摘し、規範的任意性概念においてはボッケルマン説⁽⁶⁾であれロクシン説⁽⁷⁾であれ、その概念の曖昧さのみならず、日常言語の観点から罪刑法定主義 (ドイツ連邦共和国基本法103条2項およびドイツ刑法1条) 違反が問題になり得ることを指摘した。そして、そこから得られた我が国の任意性をめぐる議論への示唆として、心理的のみでも規範的のみでもない心理的任意性概念を前提とした規範的解釈の可能性に言及したが、その具体的内容を明確にするにはいたらなかった。

それでは、法的効果として刑の必要的減免を定める日本刑法43条但書における「自己の意思」をめぐる議論状況は如何様であろうか。残念ながら、ドイツの議論状況と同じである、あるいはより深刻な状況にあるといわざるを得ない。アーメルングが任意性概念をめぐる論文の冒頭で、ドイツ刑法学の総論分野において中止未遂ほど議論された論点は他にほとんど見当たらないにもかかわらず、Freiwilligkeit 概念の具体化については発展を見せていないとのきわめて正当な問題提起をしたが⁽⁸⁾、その現状は日本にもあてはまるというべきである。我が国において、香川達夫博士が中止未遂研究に関する金字塔を打ちたてられてから半世紀が過ぎようとする近年になり、中止未遂論の——方法論的な次元における法的性格論の解消、根拠論・体系的位置づけ論への移行を主張するなど——パラダイムシフトを迫る学術論文やモノグラフィが複数刊行され、ようやく学問上多くの成果を得るにいたった。しかし、そのうち任意性の議論の発展についていえば、特筆すべきことは——山中教授による不合理決断説⁽¹⁰⁾の提唱を除けば——あまりないように思われる。つまり、中止未遂における任意性は重要な課題であると古くから——それこそ香川博士の研究以前から——認識されてき

たにもかかわらず、大きな発展を見せることなく、今日にいたっているのである。たとえば、大正時代に出版された牧野英一博士の教科書において、「障害未遂（未遂犯）と中止未遂（中止犯）とを区別する標準に関しては学説三あり。第一説は、未遂が物質的の障害に因る場合なりや否やに依りて之を区別せんとす。第二説は未遂が後悔（犯意の放棄）に因るや否やに依りて之を区別せんとす。共に広きに過ぎ又は狭きに過ぐ。故に第三説は、未遂の原因が、経験上、犯罪の既遂となることに通常、妨害を与うべき性質のものなりや否やに依りて区別す可きもの⁽¹¹⁾」とされている学説の整理および批判は、まさに主観説、限定的主観説、客観説といった今日の学説の分類とその批判とほとんど変わるところがないのであり、それゆえ、この100年もの間、任意性をめぐる議論はほぼ同じ地点に立ち止まったままだったと評さなければならないのである。

また、任意性の概念は中止未遂の成立要件論の柱として、理論的のみならず実務的にも重要な役割を担っている。ところが、その実務においてもまた、任意性の概念が明らかにされているとはいえない。後に見るように、判例における任意性判断は一貫性を欠いている。実務においても使用可能な任意性概念が確立されているとはいえないのである。

そこで、本稿においては、日本刑法43条但書が定めるところの「自己の意思」の解釈としての「任意性」を、ドイツ刑法24条の“freiwillig”を検討して得た示唆をもとに分析し、私見を提示したい。

なお、中止未遂の任意性をめぐる議論は、学説の命名・整理の段階においてすでに錯綜している。たとえば、ある見解を客観説と呼ぶこともあれば主観説と呼ぶこともあり、別の見解を折衷説と呼ぶこともあれば客観説と呼ぶこともある。このような錯綜の上に議論を組み立てるのは困難をとまなうので、本稿においてはひとまず「主観説」、「限定的主観説」、「客観説」の三分類を採用する『大コンメンタール刑法』⁽¹³⁾の学説分類を基礎としながら、「折衷説」については本文においてその内容を詳細に説明することとし、「不合理決断説」については提唱者である山中教授の命名・説明を引用して使用することにしたい。

II 学説・判例の状況

1. 主 観 説

主観説は、外部的障害の影響なく、行為者の自発的意思によって犯罪を中止することが任意であると主張する。小野博士は、「外部的障害がないに拘らず、行為者が自由な意思決定に基いて中止した」場合が任意であり、「外部的障害を認識して止めた」場合は不任意であるとされる⁽¹⁴⁾。また、曾根教授は、この見解を「(心理的)主観説」として紹介されたうえで、「外部的障害による場合、および外部的障害を認識してやめる場合以外が自己の意思による場合である」と説明され、本説を採用することを明らかにされる⁽¹⁵⁾。

なるほど、「自由な意思にもとづく」というところの「自由」とは、日常言語においては「束縛から解放されている状態」、「制限のないこと」等、外部的状況による意思ないし行為に対する制限的影響を受けていないことを意味する。この点において、心理的任意性概念にもとづく主観説は、議論の出発点の措定においては妥当である。しかしながら、その措定地にとどまったままでは、実際の適用上——ドイツにおける心理的任意性概念と同様に——不可避な困難が生じてしまうのである。すなわち、現実に中止の任意性が問題となる事例は、外部的に相対的な障害がある場合、つまり犯罪を為し得るには為し得るが、それにはある程度の困難がともなう場合がほとんどであり、このような問題に対して主観説は何ら答えを用意することができないのである⁽¹⁶⁾。これは、外部的障害と内部的障害とを明確に区別することは困難であるという経験的事実から生じる問題である。内部的動機はおよそ外部的事情に起因して生ずるものであり⁽¹⁷⁾、いかなる些細な外部的事情であってもそれを認識して止めたことによって任意性が排除されるのであれば、主観説に対してこれまで指摘されてきた「任意性が認められる範囲が広すぎる」⁽¹⁸⁾という批判とは逆に、「任意性が認められる範囲が狭すぎる」⁽¹⁹⁾という欠点を指摘しなければならないことになる。主観説は、

外部的障害が存在しない、あるいは外部的障害を認識していない行為者の表象における「完全な自由」と行為者がすでに行為を為し得ないとまで考えるような行為者の表象における「完全な不自由」を判断するものであり、その点において、たしかに「自由」と「不自由」の極端なモデル的考察としては妥当な出発点にあるのだが、その中間に基準線を引くこと、すなわち「完全に自由ではないが、完全に不自由でもない」という状態を判断するところまでの能力を有していないのである。

なお、「私は、たとえ為し得るとしても、為すつもりはない (Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte.)」が任意であり「私は、たとえ為そうとしても、為し得ない (Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte.)」が不任意であるとするフランクの公式に依拠しながら、「為し得ない」の意義を客観的外部的な物理的障害に限定しようとする見解も考えられる。⁽²⁰⁾「為し得ない」の意義を限定することによって、中止未遂の妥当な成立範囲を確保しようとするのである。しかし、このような見解は失当である。なぜなら、物理的な障害により「為し得ない」と行為者が認識したのであれば、それは任意性が問題になる以前に中止未遂の成立が排除される欠効未遂 (fehlgeschlagener Versuch) に他ならないからである。⁽²¹⁾たとえば、不能ではない窃盗行為の着手者が財物の在り処を物色していたが所為計画を満足させるような財物発見が（たとえば金庫が開かない、あるいは開いた金庫の中に期待する財物が存在しなかったなど）不可能であると信ずるにいたった場合、ここでは「中止した」という要件を充たすことがすでに不可能となったが故に、そもそも任意性の検討に入るまでもなく中止未遂の成立は排除される。⁽²²⁾行為者が犯罪遂行の欠効性を認識したのであれば、その時点で任意性の判断に入ることなく中止未遂成立の可能性は廃除されるのであって、フランクの公式は任意性の標準とはなり得ないのである。むしろ、フランクの公式は厳格に適用することにより、未遂の欠効性の判断に有益な公式となり得るというべきであろう。⁽²³⁾

さらに、高橋則夫教授は、任意性の判断においてフランクの公式を採用することを明言された後、「主観的に犯罪遂行が不可能という場合には、

犯罪遂行の危険がないのであり、その場合には、もはや中止行為の前提たる危険が存せず、中止行為が存在しないということになろう。その意味で、任意性は、中止行為の可能性の限界を画する機能しかないのである⁽²⁴⁾とされている。高橋教授の所論は、フランクの公式が欠効未遂判断に有効であり、その意義は中止行為存在の前提を探るものであるという意味であるならば正当であるが、それはあくまで「中止した」の解釈についてであり、「自己の意思により」の任意性解釈としては成立しないものであると批判しなければならない。高橋教授の所説は、中止行為が不可能な未遂としての欠効未遂判断と中止行為が可能なことを前提としての任意性判断とを混同した点に問題があるといえる。欠効未遂の判断（フランクの公式）とは別のところに任意性の基準が求められなければ、任意性はすべて「中止した」に解消されてしまい、43条但書の解釈における「自己の意思により」は死文化してしまう⁽²⁵⁾のである。

2. 限定的主観説

限定的主観説は、行為者の主観を判断の対象としながらも、任意性の要件を限定的に解し、悔改・慙愧・同情・憐憫など広義の後悔によって中止した場合のみを任意であるとする。この見解は、行為者の主観をその判断対象にしている点において主観説と同様であるが、これを中止の恩典に見合う程度に限定しようとする点において、規範的任意性概念に立脚しているといえよう。たとえば、宮本博士は「自己の意思に因るとは心理学的の意義に於て謂うにあらず」⁽²⁶⁾とされ、任意性は心理的概念ではないということを確認にされている。また、佐伯千仞博士は、中止未遂における必要的減免の効果を「その犯罪的企図を放棄するに至った行為者の心情・動機に対する規範的ならびに可罰的評価に基づくもの」⁽²⁷⁾と解され、任意と評価される行為者の内心は「規範意識の作用によるもの」⁽²⁸⁾であるとされている。本説は、主に主観説によると任意性が広く認められてしまうという批判に対して、新たな要件を加えることにより、任意の中止の成立範囲を限定しようとする試みをその出発点としているといわれる。本説は、支持者が多⁽²⁹⁾

いとはいえないが皆無というわけでもなく、たとえば近年では、中止未遂の法的性格を法定量刑事事由であると解する西田教授によって支持されている⁽³⁰⁾。

本説に対しては、ボッケルマンの規範的任意性概念⁽³¹⁾と同じ問題点が指摘されている。すなわち、「広義の後悔」といういわば倫理的要素を刑法に持ち込むことによる刑法の倫理化の問題である。刑法がその適用範囲内にある個々人の倫理を統制するものでない以上、特定の倫理的特性を有する者にのみ恩典を与えるという刑法解釈は許されるものではない。また、現行法の規定を超えて行為者に過度の要求をすることも同様に問題である⁽³²⁾。これに対し限定的主観説を採用される西田教授が鋭く反論されている⁽³³⁾が、その内容および当否については、後に検討しよう。⁽³⁴⁾

3. 客 観 説

客観説は、一般人の見地から任意性を判断すべきことを主張する。客観説の代表的論者である木村亀二博士は「一定の事情の表象を伴う動機に基づくところの意思によって行為者が中止したる場合については、その表象せられた事情が一般の経験上行為者の意思に対して強制的影響を与えるものなりや否やを定め、然りと解せられる場合には障害未遂あり、然らずと解せられる場合には中止未遂ありと解すべき⁽³⁵⁾」とされている。本説の特徴は、行為者に表象された事情を対象にして、当該事情が経験上一般に行為者の意思に対して犯罪の中止に向けた強制的影響となるか否かを判断するところにある。すなわち、本説においては、「自己の意思」の判断において主観的要素はおよそ排除され、行為者の表象内にある事情と経験上一般の標準が用いられるのである。この点につき、福田平博士は『『自己の意思により』という主観的要件の判断にあたって、行為者の意思が度外視されることとなり、方法論的に妥当でない⁽³⁶⁾』と批判されている。

さらに、実際上の観点からの批判として、町田氏は、母親が無理心中を企て子供を殺害しようとしたが、子供が泣き出したため憐憫の情をもよおして中止したという場合、客観説の基準によれば「その子に手をかけたと

たんに泣き出したなら、哀れみを覚えて犯行を中止するのが母親として普通であろう。しかし、もしそうだとすると、母親の中止は通常的生活観に即した態度であるから、任意性が否定されることになるであろう。しかし、かように哀れみに基づいてなされた中止に任意性を否定することがはたして妥当であろうか。疑問に思わざるをえ⁽³⁷⁾ず、客観説の論者がこのような憐憫による事例について任意性を認めるのならば、「この説は、その基準の具体的適用の結論において、矛盾的な態度をとっていることになる」と批判される。

本説に対するもっとも重要な批判は、金澤真理教授によるものである。⁽³⁸⁾教授は客観的基準から判断したと思われる強姦未遂事件の判例数件を分析し、その客観的基準の恣意性を指摘される。そして、そのような客観的基準が妥当か否か、犯罪を中止するのが「通例」か否かについて検証が困難であるため、行為者が障害未遂とされた場合、立証が十分かという疑義を払拭できないと指摘される。たしかに、強姦事件において、「通常人であれば姦淫行為を継続するか、それとも中止するか」という基準は恣意的であり、問題を孕むように思われる。この点、後に私見を述べる際に再び取り上げて検討しよう。

なお、山中教授は客観説を心理的任意性概念に立つ見解であるとされているが、⁽³⁹⁾必ずしもそうではないように思われる。たとえば、客観説に立てられる川端教授が「実質的観点から違法性減少または責任減少との関連を考えると、事後的な合義務的行為といえるためには、たんに故意を放棄しただけではたりず、一般的には遂行の障害とならないような事情を認識しているにもかかわらず、あえて遂行を取り止める行動に出る点にこそ、『法敵対性』の緩和による責任の減少がみとめられるのであるから、ここに責任減少説と客観説の実質的関連を見出すべきであるとおも⁽⁴⁰⁾う」とされているように、我が国における客観説は、単なる外部的障害や行為者の心理的事実をもって任意性の判断に十分であると解しているのではなく、規範的評価（そしてその規範的基準こそが「一般人ならばこのように行動したであろう」というものである）をそこに内包しているのであって、また

中止未遂の法的性格とも結び付けられて考えられているのである。一般人基準を採用する見解は、一般人基準の規範論を前提としているのであって、この意味において主観説と異なり、客観説（および以下に紹介する折衷説）は、規範的任意性概念なのである。

4. 折 衷 説

折衷説は分類上、やや複雑である。学説の中には、本稿において折衷説に分類されるべき主張をしながらも、自らを客観説であると規定することがしばしばあり、また命名そのものをしていない場合もあるからである。本稿においては、客観説における一般人基準を維持しながら、客観説が「行為者に表象された事情」とあくまで内心に投影した事情をその判断対象とするのに対し、「行為者に表象された事情がどのように行為者の動機形成に影響を及ぼしたか」という行為者の内心を判断対象とする見解を折衷説と呼ぶ。たとえば、現代において客観説の論者として知られる前田教授は、その教科書において判断対象について「行為者の表象（さらにそれに基づく動機形成）⁽⁴¹⁾」と述べられているが、この「（さらにそれに基づく動機形成）」が対象とされている点において、本稿においては折衷説に分類することになる。⁽⁴²⁾

折衷説について客観説との違いを自覚的に主張している見解に、香川博士のそれがある。香川博士は、客観説にいうところの客観的な判断の対象が不明確であることを指摘された後、「私達は同じ現象に対しても、それぞれ異なった反応を示すのが実情であるのなら、まさしく各人各様に示された反応の仕方こそが重要であり、それを客観的評価の対象としてこそ、任意性の確定にとって意味をもつ」⁽⁴³⁾とされている。また、野村教授の所説も折衷説の代表的な例である。野村教授は判断対象について「単に表象された外部的事実自体のみならず、行為者の所為計画やその表象した外部的事実に対する理解の仕方をも考慮」⁽⁴⁴⁾するとされている。福田博士も同様に「外部的事情を表象した結果、行為者ができると感じたか、できないと感じたかという、行為者の実現の意思過程」⁽⁴⁵⁾を判断対象にすると明言されて

いる。

本説は、客観説が任意性を判断する際に度外視していた「行為者の内心」を判断対象とする点において、客観説と異なっていると評し得るのである。

5. 不合理決断説

不合理決断説は、山中教授により提唱されている学説である⁽⁴⁶⁾。これは、折衷説を提唱された香川博士の問題意識にもとづいたものであり、また「犯罪者の理性 (Verbrechervernunft)」を任意性の判断基準としているドイツにおけるロクシンの見解をさらに発展させ、我が国の学説と判例が直面する具体的問題をするために提唱された、いわば実践的見解であるとされる⁽⁴⁸⁾。

ロクシンの見解についてはすでに別稿において検討したので、ここで詳論することは敢えてしないが、不合理決断説を論ずるために必要な程度でその内容をごく簡単に明らかにしておこう。

ロクシンは、任意性を「犯罪者の理性」という概念を用いて説明する⁽⁵⁰⁾。ここで述べる「犯罪者の理性」とは、任意性判断につき、「冷酷な、具体的行為計画の危険とチャンス을冷静に考慮に入れた犯罪者の理性」を基準とすることを意味しているとロクシンはいう。そうして、このような犯罪者の理性を基準として、「理性的」に振舞った場合は不任意であるとし、「非理性的」に振舞った場合は任意性を肯定する⁽⁵²⁾。

本説には「冷酷な、具体的計画の危険とチャンス을冷静に考慮に入れた犯罪者の理性」という基準が不明確であるという欠点がある。ロクシンはさらに「犯罪者仲間のルール (Regeln der Verbrecherzunft)」という術語を用いてこの「犯罪者の理性」概念を明確にしようとするが、その試みにもかかわらず、依然としてどの程度冷静な犯罪者の理性が基準になるのかは明瞭でない。結局、「犯罪者の理性」といった基準は、問題となる当該行為を判断する判断者の「犯罪者観」に依存する基準なのであって、判断者の主観に大きく動揺させられてしまうものであるという問題点を有している⁽⁵⁴⁾。

以上のようなロクシン説の問題点を考慮に入れたうえで、山中教授は次のように不合理決断説を基礎づけられている。すなわち、「表現上疑義のある『冷酷な』『犯罪者』の理性ではなく、目的合理的に行動する人間の理性を基礎としよう。彼は、すでに犯罪遂行に着手しており、犯罪目的の実現に向けて自己の行為を統制しているのである。この段階において、行為者がその目的実現を合理的に放棄するとすれば、それは、目的追求にともなう彼にとっての不利益が、その目的実現にともなう利益を上回るときである。行為者は、この意味において、合理的な判断をなすという価値に拘束されているのである。『任意』または『自己の意思』とは、このような価値から逸脱する不合理な決断をいう⁽⁵⁵⁾」というものであり、また「冷静に実行に着手した行為者が、犯行の遂行過程においてそのような目的合理的な犯罪の完遂という価値追求から自由に、つまり、そのような価値追求に拘束されているはずの心理状態にあるにもかかわらずあえてそれを中止すべき合理的な理由もないのに、中止した場合、『任意』の中止であるとするもの⁽⁵⁶⁾」である。

ここで基準として提示されている「目的合理的に行動する人間」とは、「理性的な冷徹な実行力をもつという人間像」であり、「通常人」や「一般人」ではない。また、なぜこのような人間像を基準にするのかという問いに対して、山中教授は、「刑法は目的合理的に規範に敵対する人間を基準に、そのモデルからの逸脱度をもって、刑罰を軽くするという考え方を基礎にしているからである」とされている。

本説は、任意性判断の場面を次の二つにわけている。第1に、決断の動機が「犯罪の実現そのものにザッハリッヒに関係する事実的な利害計算」による場合であり、第2に、決断の動機が「状況の変化により犯罪そのものとは別の価値の実現の判断に直面する場合の価値衡量」による場合である⁽⁵⁷⁾。第1の場合には、「犯行の状況の認識から、その犯罪の続行が自己にとって有利か不利かを冷静に判断した結果、中止した場合には、合理的決断であり、自己の意思により止めたのではない⁽⁵⁸⁾」とされる。つまり、功利的な判断を冷静に行った結果の中止は「合理的」であり、そうでない場合

を「不合理」とされるのである。第2の場合には、犯罪そのものの以外の価値が行為者に影響を与えた場合において、本人にとって高次と思われる価値を選択して犯罪を中止したときは「合理的」であり、任意性を否定することになる。たとえば、「日ごろから母親に暴行を加えている父親を殺害しようと殴打を加えているときに、母親が急病になったので、医者のもとに連れて行くために、殺害行為を中止した場合」、山中教授は、「価値衡量の中の合理的決断の結果というべきであるから、任意性は否定される」と⁽⁵⁹⁾されている。これに対して、「強姦するため被害者に暴行を加え、姦淫しようとしたとき、自分の可愛がっていた愛犬が川に溺れかけたので犬を助けるために、犯罪を中止した場合」には、任意性を認められているのである。⁽⁶⁰⁾

本説に対しては、「自己の意思」という主観的要素と思われる文言の解釈が問題になっているにもかかわらず、行為者の主観が度外視されて不当であるという、客観説に対するのと同様の批判に加えて、「理性的に判断したうえで『自己の意思により』中止することは十分にありうるように思われる（たとえば犯罪が悪いことであると考えるのは理性的な判断である⁽⁶¹⁾）」との批判が加えられている。

本説の問題点は——私見によれば——やはりその概念の不明確性にある。ロクシンに対して「犯罪者の理性」はその判断者の「犯罪者観」に依拠せざるを得ないと批判した批判が、不合理決断説にもあてはまると思われる。たとえば、わたくしには、「強姦するため被害者に暴行を加え、姦淫しようとしたとき、自分の可愛がっていた愛犬が川に溺れかけたので犬を助けるために、犯罪を中止した場合」、それが行為者の愛犬である限りは——山中教授の想定とは反対に——犯罪を中止するのが合理的であると思われる。わたくしが想定するところの「合理的人間」は、強姦せずに後悔することは（おそらく）ないが、愛犬を見殺しにすれば一生後悔するような人間だからである。このように、「合理的人間像」は、判断者の「合理的人間像観」に依拠する⁽⁶²⁾ように思われる。

6. 判 例

中止未遂の任意性をめぐる判例は、学説と同様に整理の難しい状況にある。というのも、判例において任意性判断は大きく動揺しているだけでなく、現在の状況も客観説と限定的主観説のコンビネーションという、理論的には理解しがたい立場を採用しているように思われるからである。この点、簡単に見てみよう。⁽⁶³⁾

当初、判例は厳しい意味での主観説を採用し、犯罪遂行に外部的障害のある場合は任意性を否定する立場をとっていた。大審院大正2年11月18日⁽⁶⁴⁾判決は「外部的障害の原因存在せざるに拘わらず、内部的原因に由り、即ち犯人の意思に拘わらざる事情に因り強制せらるることなく任意に実行を中止し、若しくは結果の発生を防止したときは刑法43条後段に規定する中止犯成立すべき」と述べ、中止未遂が成立するためには「意思以外の事情に強制せらるることなく任意」である必要があるとした。この流れを踏襲した大審院昭和11年3月6日判決⁽⁶⁵⁾は、被害者の流血を見て恐怖心のために犯行をこれ以上遂行することができなくなったという事実認定の下、任意性を否定した。

その後、判例は客観説の立場に転ずる。最高裁昭和24年7月9日判決⁽⁶⁶⁾は、強姦の実行に着手した行為者が、「電車の前灯の直射を受け、よって犯行の現場を照射された」ことにくわえて「被害者の陰部に挿入した二指を見たところ、赤黒い血が人差指から手の甲を伝わり手首まで一面に付着していた」ため「その出血に驚愕して姦淫の行為を中止した」という事例について、「かくのごとき諸般の情況は被告人をして強姦の遂行を思い止まらしめる障害の事情として、客観性のないものとはいえず、「驚愕の事情となった諸般の事情を考慮するときは、それが被告人の強姦に障害となるべき客観性ある事情である」と述べ、客観的な判断基準をもって被告人の表象した外部的事情を判断する客観説の立場を鮮明にした。続けて最高裁昭和32年9月10日決定⁽⁶⁷⁾は、被告人が母親の頭部をバットで殴打し立ち去ったが、しばらくして後、同女が被告人の名前を呼ぶ声を聞き同女の元へ戻り、被告人が同女の頭部を見たところ、「母が頭部より血を流し痛苦して

いたので、その姿を見て俄かに驚愕恐怖し」という事例において、このような事情を原因とする中止は「犯罪の完成を妨害するに足る性質の障害に基くものと認むべき」であると判示して任意性を否定した。このように、判例は戦前から戦後すぐにかけて、主観説から客観説への転換を見せたといえるのである。

しかし、その後の判例は、たしかに任意性の成立を否定する場合には客観説をそのまま用いることが多いのであるが、これを肯定するときは限定的主観説を使用するという一貫しない態度を示すこととなる。明らかに客観説に立ったと思われる前述の昭和32年最高裁判決の翌年に出された昭和33年6月10日大阪高裁判決は、被害者である妻の哀願をきっかけに被告人が「哀れみを覚え」、「同女に対する愛情の念から」殺害しなかったとして、任意の中止を認めた。ここでは、あきらかに限定的主観説のいうところの「広義の後悔」が任意性を肯定する決定的なメルクマールとなっており、客観説に依拠した判決であるとは評しがたい。これに対して、東京高裁昭和39年8月5日判決は、強姦行為に着手した行為者が、被害者の肌に鳥肌がたっているのを見て欲情が減退したためその目的を遂げなかったという事例について、「(中止にいたった事情は)一般の経験上、この種の行為においては、行為者の意思決定に相当強度の支配力を及ぼすべき外部的事情」であるとのみ判断して、任意性を否定している。任意性の肯定には「広義の後悔」を求め、否定には客観的基準を用いるという態度がこの時期の判例には見受けられる。

その後、昭和52年9月19日横浜地裁川崎支部判決⁽⁷⁰⁾にいたって、任意性を肯定する判決の中で限定的主観説と客観的基準のアクロバティックなコンビネーションが用いられることになる。横浜地裁川崎支部は、被告人が被害妄想の症状を呈するようになった妻を思い余って殺害しようとして殴打を加えたがその出血を見て中止したという事案において、任意性について「通常人があえてなしうるのに、行為者はなすことを欲しないという意味の認められる場合は、その意思が外部的障害を契機として生じたにせよ『自己ノ意思』あるものと解するのを相当」と客観的基準を示しながら、

行為者の行為は「失意、愛する妻に対する憐憫の情」によるものであり「妻をいとおしむ気持ちが先立ち急所を刺撃しえず」,「決定的な殺害行為に及ばないうち、出血状態を見て驚愕するとともに強い憐憫の情によって妻の生命を奪い去ることを欲」しなかったために中止したのであるから任意であると判示した。

同様のコンビネーションは、たとえば、平成8年3月28日東京地裁判決⁽⁷¹⁾などに見られる。東京地裁は、被害者である妻の多量の出血を見た行為者が行為を中止したことについて「通常人が本件のような出血を見て、被告人と同様の中止行為に出るとは限らないから」と一応客観的な基準を示しながら、「大変なことをした、あるいは、妻に悪いことをしたと思って」との事実認定をおこない、任意性を肯定する判断をした。

さらに、近時の判例はなお激しく動揺している。たとえば、強姦の実行に着手した行為者が被害者の「やめてください」との哀願によって止めたという事例について浦和地裁平成4年2月27日判決⁽⁷²⁾は、被告人の中止動機として「広義の後悔」が主たる理由ではないと認定しただけでなく、「主観的な反省・悔悟の情を重視する立場からは（中略）中止未遂の成立は否定されることになろう」が、「中止の際の犯人の主観が、憐憫の情にあったか犯行の発覚を怖れた点にあるかによって、中止未遂の成否が左右されるという見解は、当裁判所の採らないところである」とまで述べ、強姦罪については「客観的ないし物理的障害に遭遇しない限り、犯意を放棄しないのが通常である」として、「やめてください」との哀願だけで中止したのは稀有な例として任意性を認めている。ここでは、限定的主観説の基準を排し、客観的基準を一貫させようとする態度が見てとれる。⁽⁷³⁾ところが、青森地裁弘前支部平成18年11月16日判決⁽⁷⁴⁾は、交際相手の頸部を絞めて殺害しようとした行為者が行為を中止した事例について、「被告人が周囲の状況等に照らし、更に被害者の頸部を強く絞め付けるなどして同人を確実に殺害することにつき支障がないことを認識していたと推認できるところ、被告人は（中略）被害者の頸部を強く絞め付けて失神させた後、大変なことをしてしまったと考えて、すなわち、本件犯行を反省する気持ちから、

殺意を失って、それ以上殺害行為に及ばなかったもの」と任意性を肯定している。本判決においては、客観的な基準は用いられておらず、むしろ主観的傾向、ことに限定的主観説へと向かう傾向が明確に見られる。

以上のように、判例の任意性判断基準は客観説と限定的主観説とのコンビネーションにあり、そのどちらに重点をおくかは、裁判所ごとの場当たりの判断になっており、統一した基準が確立しているとはいいがたいと評すべきであろう。

III 分析と私見

1. 分 析

これまでの検討で明らかになったことをもとに、任意性をめぐる議論の現状とその進むべき道について分析してみよう。

まず、主観説は、その基準が具体的事件解決に適していないという理由によって、またその基準を物理的障害に限定したとすればそれは任意性を判断するものにはなり得ず、中止行為の前提を探るための欠効未遂の判断基準にほかならないという理由によって、任意性判断の基準としては排除されるべきことが明らかになった。

次に、限定的主観説は、その倫理的な性格および行為者に過度の要求をする点において採用できないことが明らかになった。この点、限定的主観説を採用される西田教授が、刑法の倫理化に関する批判については「倫理的な動機である必要はなく、なんらかの法的責任非難を低減させるような動機であれば足りる⁽⁷⁵⁾」と反論され、行為者に対する過度の要求であるという非難に対しては「『自己の意思により』という文言のもつ可能な意味を、必ずしも超えているわけではない⁽⁷⁶⁾」と反論されているので、その当否を検討しよう。

そもそも西田教授の言うところの「なんらかの法的責任を低減させるような動機」とは何であろうか。そしてその動機が倫理的責任ではなく法的責任を低減させるものであるか否かの判断基準はどこにあるのであろうか。

ここで指摘しておかなければならないのは、限定的主観説に限らず規範的任意性概念に立脚すると評すべき諸見解を採用する論者はすべてこの「法的責任（もちろん論者によっては違法性にも関連してこようが）を低減させる動機」の判断基準を問題としているという明らかな事実である。このような諸見解のうち、その基準を広義の後悔に求めるものを限定的主観説と称するのである。当然、西田教授の所論のように「倫理的ではなく法的な責任」を問題にすることはできる。しかし、もしそうするのであれば、それはすでに（我が国における）学説分類上、限定的主観説というべきではなく、その法的責任の判断基準および判断対象によって規範的任意性概念を採用する客観説なり折衷説なり不合理決断説なりと称されるべきなのである。あるいは、客観説以下のような客観的基準を採用するのを嫌い、あくまで主観的な基準にのっとって、しかし主観説よりも限定的に解したいというのであれば、その基準を既存の限定的主観説とは別個の枠組みにおいて提示すべきであろう。

さらに西田説の検討を私見と関連させながらもう少し深めよう。西田説においては「何らかの法的責任を低減させる」とはどういうことが問題であった。思うに、西田教授はここに量刑責任を読み込むのであり、そしてそれは正当である。しかし、それはあくまでも中止行為それ自体が量刑責任を低減させる行為であるという意味においてである。すなわち、量刑責任の減少を要件に中止未遂が成立するのではなく、中止未遂が成立するのならば量刑責任が減少しているものと（政策的に）看做すことこそ中止未遂の本質があると考えるべきであるように思われる⁽⁷⁷⁾。このように考えることが許されるならば、中止行為がすでに量刑責任を低減させる行為なのであって、任意性に量刑責任を減少させる何かを求めるのはやはり条文の要求を超えているというべきであろう。西田教授の所説は中止未遂を法定的な量刑責任減少事由と見ている点においては妥当であるといえるが、この「法定的」の理解は私見と異なるのである。あくまで「任意の中止があれば量刑責任が減少ないし消滅しているものと看做す」との法定が43条但書なのであって、中止未遂の法的性格に量刑責任を読み込むからといっ

て、任意性において限定的主観説を採用しなければならないということにはならない。したがって、本稿は限定的主観説も排除する。

客観説は、その客観的な基準設定において優れていると評することができる。責任を主観的心理的犯罪要素のカテゴリとする心理的責任論体系に立脚するのでない限り、責任カテゴリにおいて規範的な観点から客観的基準を策定することは、不当でないばかりか規範的責任論と親和的ですからある。それゆえ、判断基準として客観的基準を設定する見解が正当であるといえる。

しかし、(折衷説と区別されたモデル的な)客観説には任意性という主観的メルクマールの判断において「行為者の内心が度外視されてしまう」という問題が潜んでおり、不合理決断説においては、合理的な犯罪者像の確定に困難があるということがすでに明らかにされている。そこで、わたくしは、折衷説の方向性を支持し、それを新たな観点から積極的に基礎づけることにしたい。

2. 私 見

すでに考察したように、主観説(フランクの公式)は、「為し得ない」の意義を客観的障害(生理的・法的な障害も含む)に限定し、その成立を広く確保したうえで、欠効未遂判断の基準として用いられるべきである。なぜなら、主観説のいうところの「自由」は「任意に中止することができる」という行為者にとっての中止行為可能性という主観的自由(いわば「自由の感」)を意味しているのであって、それは任意性の前段階の条件、すなわち中止行為の前提を判断しているのに他ならないからである。主観説は任意性ではなく任意の中止の前提的自由判断のために採用される。

それでは、任意性判断の基準はどのように設定されるべきか。思うに、それは主観説のいうところの自由を前提として、刑法教義学として規範的な観点を有するものでなくてはならない。そうであれば、まず我々がクリアしなければならない問題は、規範的任意性概念における罪刑法定主義違反の問題であることがドイツの議論の検討から明らかになっている。しか

し、この問題を解決することは我が国の議論状況に照らすと、さほど困難ではないように思われる。たしかに、ドイツにおける規範的任意性概念は、その任意の概念が「任意」の用語法から外れている（あるいは限定的である）ことが問題となっていた。この点、我が国における客観的基準を設定する見解（客観説および折衷説）は、一般人基準を採用することによって、この問題を規範論的観点および日常言語の観点からすでに克服していると評することができるのではなかろうか。この点、以下に述べよう。

たしかに、「自由」とは制限等から解放された状態をいう。それゆえ、一見すると主観説のそれが素直な「自由」解釈であり、それ以上の限定は行為者にとって不利な解釈であるようにも見えるかもしれない。しかしその考えは正当ではない。なぜなら、「自由の感（主観的自由）」と「自由（「自由」という語の使用）」は多く一致する点はあってもまったく同一のものではないからである。

罪刑法定主義を重視し、それゆえ刑法の行為規範性を肯定する行為無価値論の立場は、その議論において一般人基準を採用することが多い。相当因果関係における折衷説や不能犯における具体的危険説であり、新過失犯論における基準行為などである。これらは行為規範明示による罪刑法定主義の遵守を重視する行為無価値論の首尾一貫した帰結であり、それゆえ行為無価値論の規範論は一般人基準の妥当性を導き出す（この規範論的思考方法は、責任論においても、規範的責任論を採用し、そこに平均人基準を求めることに通底する）。そして、一般人基準とは日常言語基準に他ならないことは明らかである。この意味において、一般人の規範的観点とは、日常言語の観点を意味するのであり、この見地が罪刑法定主義に反することになることは考えがたい。むしろ、人間の主体性に期待した言語による行動統制（その統制の目的は法益保護である）が刑法の任務であり、その行動統制が不当に強化され人間の自由を萎縮させないようにするための名宛人たる一般人の予測可能性保障を通じた自由保障こそが罪刑法定主義の本務であると解するならば、その解釈は一般人基準においてなされることこそが罪刑法定主義の趣旨に合致するとすらいい得るのである。

それでは、その判断基底は何であろうか。行為者の認識した事情であろうか、それとも行為者の認識した事情およびそこから生じた動機形成過程も含むのであろうか。これは行為者が認識した外部的事情のほか、それを行為者がどのように感じ、中止行為に出たのかという動機形成過程も含めて考えるべきである。そもそも行為者が認識した外部的事情だけでは、夜間の空き巣行為者の方に近づいてくる足音を行為者が警邏中の巡査のものであると考えたのか、犯罪遂行の邪魔にならない少女の足音であると考えたのかすら判断対象外となってしまう。これでは任意性を判断することは不可能になってしまうであろう。

かくして、一般人の見地を基準として客観的事情および行為者の認識内容（動機形成過程を含む）を対象とした任意性判断が基礎づけられた。残るは、金澤真理教授によって指摘された客観的基準の恣意性の問題である。そこで、任意性をめぐる金澤教授の見解を分析しながら、客観的基準の恣意性問題に回答しよう。

金澤教授は任意性判断を段階的に行われる。いわく「第1に、行為継続の断念を強制し得るような外部的事実、客観的な見地から、一般的な生活経験に照らして選定される。第2に、かかる強制作用を持ち得る事実が、現実に行行為者をして行為の中止を強制したか否かの判断」が「行為者を標準として行われる」⁽⁷⁸⁾と。そして、この外部的強制が行行為者をして中止を余儀なくさせたとの立証は検察官がなすべきであるという。

金澤教授の見解で重要なポイントは、立証の問題を取り上げていることであるように思われる。これまでの学説の多くは「中止行為が任意であるとはどういうことか」を問題としてきたが、挙証責任が検察官にあることを明確にすることにより、「中止行為が不任意であるとはどういうことか」という消極的な任意性概念を実践的に採用することが可能になる。この点には賛同できる。すなわち、(第2段階で行為者標準を持ち出す金澤説と異なり、一般人基準を貫徹しようとする)私見によれば、任意性をめぐる裁判においては「一般人であっても中止した(=ゆえに任意ではない)」ということを検察官が立証する必要があることになる(争点形成責任は被

告人の負担としてよい)。このように解することにより、中止未遂の任意性判断には刑事手続上きわめて重要な原則である“in dubio pro reo”を無理なく読み込めることになる。検察官が十分な立証を果たしたならば、任意性を否定することができ、そうでなければ任意性を肯定すべきである。客観的基準によって導き出された結果が恣意的に思われ、検証が不可能であり、そこに合理的疑いが差し挟まれるのであれば、“in dubio pro reo”によって任意性を肯定すれば足りるであろう。こうすることによって、客観的基準の恣意性問題は被告人に有利な方向で解決されるのである。また、この“in dubio pro reo”を用いることにより中止原因が複数ある場合の任意性肯定に道を拓くことも可能となろう。

したがって、本稿は消極的な意味における折衷説（消極的折衷説）が妥当であると考える。「一般人であれば中止しなかったのに中止した場合」が任意なのではない。そうではなくて、「一般人であっても中止した場合」が不任意であり、それ以外はすべて任意なのである。この見解によれば、かなり広く任意性を認めることになるが、効果が必要的減免にすぎない現行刑法下において実際上の問題は生じないであろう。

最後に、ひとつだけ付言しておく。

抽象的な刑罰への恐れの場合は常に任意性を肯定すべきである。これは、刑法による（たとえそれが威嚇的であれ）予防効果の達成というべきであり、刑罰発動の意義はないことを理由とする。むしろ、刑罰を恐れて犯罪を中止する行為者がいることは刑法の存在意義を再確認させるものであり——威嚇的であったことは残念であるとしても——喜ぶべきものですらある。これに対して、具体的な刑罰への恐れ（現場での発覚の恐れ）についてはこの限りではない。折衷説基準による個別的な判断が必要であろう。

以上の検討により、以下の手順で任意性を判断すべきことが明らかになった。

- ① 「やろうと思えばできた」と行為者が認識していたことを前提とする。
- ② 行為者が認識した事情およびその事情を行為者がどのように受け止め

中止行為に出たのかという動機形成過程を判断の基礎とする。

- ③ 「一般人であっても②の場合には中止した」のならば不任意である。
- ④ それ以外はすべて任意である。

(了)

〔注〕

- (1) 拙稿「ドイツ刑法24条における *Freiwilligkeit* の意義」宮崎産業経営大学法学論集第18巻第2号(平成21・2009年)55頁以下。Vgl. Manfred Maiwald, *Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch*, Zipf-GS, 1999, S. 255ff.
- (2) Reinhard Frank, StGB, 1930, § 46 II.
- (3) Horst Schröder, *Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch*, Jus, 1962, S. 83.
- (4) Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1984, S. 365.
- (5) z. B. BGHSt 35 187.
- (6) Paul Bockelmann, *Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?*, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, S. 183.
- (7) Claus Roxin, *Strafrecht AT Bd. 2*, 2003, S. 660.
- (8) Knut Amelung, *Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch*, ZStW, 2008, S. 205.
- (9) 香川達夫『中止未遂の法的性格』(昭和38・1953年)1頁以下。任意性については特に201頁以下参照。
- (10) 山中敬一『中止未遂の研究』(平成13・2001年)41頁以下〔初出：同「中止犯——その法的性格および任意性の概念について——」現代刑法講座第5巻(昭和57・1982年)386頁以下〕および75頁以下〔初出：同「中止犯における『自己の意思により』の意義について——不合理決断説再論——」香川古稀(平成8・1996年)309頁以下〕。
- (11) 牧野英一『日本刑法 全』(大正6・1917年)162頁(引用に際して、カタカナをひらがなに開き、漢字を新字体に、かなづかいを現代かなづかいに改めた。以下、旧字体、旧かなづかいの文献・判例を引用する場合は同様とする。また、読点のない文献・判例を引用する場合は、適宜読点を付す。なお、「障碍」、「障礙」、「障がい」も便宜上「障害」に統一する)。
- (12) たとえば、本稿が主観説と呼ぶ見解を客観説と呼ぶこともあれば(西

原春夫『刑法総論』改訂版上巻（平成6・1994年）334頁）、本稿と同様に主観説と呼ぶこともあり（山中敬一『中止未遂の研究』前掲注（10）27頁以下）、本稿が客観説と呼ぶ見解を折衷説と呼ぶこともあれば（西原・前掲334頁）、本稿と同様に客観説と呼ぶこともある（中山研一『刑法総論』（昭57・1982年）433頁）。

- (13) 野村稔「§43（未遂減免）」大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタール刑法』第2版第4巻（平成11・1999年）127頁以下。
- (14) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（昭和23・1948年）186頁。
- (15) 曾根威彦『刑法の重要問題（総論）』第2版（平成17・2005年）280頁以下。
- (16) 井田良『講義刑法学・総論』（平成20・2008年）430頁は、正当にも「何らの外部的事情の影響も受けない内部的動機などは実際上ありえない」と指摘している。
- (17) 木村亀二『刑法の基本概念』（昭和24・1949年）265頁。
- (18) たとえば、岡野光雄『刑法要説総論』第2版（平成21・2009年）256頁参照。
- (19) 金澤真理「中止行為の任意性について」山形大学法政論叢第47号（平成22・2010年）4頁は、判例が主観説から客観説へ移行したのもこの主観説の問題点を判例が認識したからであると解されるとしている。
 結局のところ、主観説は、外部的事情をどの程度勘案するかによって、任意性を認める範囲が広すぎたり狭すぎたりするのである。そして、主観説には「外部的事情をどの程度勘案するか」という基準は内在していないのである。なぜならば、主観説の思考方法においては「ある」か「ない」かしか考慮することができず、その強制の「程度」を扱うことができないからである。したがって、主観説は結局「広すぎる」か「狭すぎる」かのいずれかの結論を導くことになる（福田平『全訂刑法総論』第4版（平成16・2004年）233頁参照）。
- (20) 「為し得ない」の意義を客観的に限定しているか否かは必ずしも分明ではないが、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和50・1975年）334頁は、任意性の判断はフランクの公式に依拠することを主張している。
- (21) 拙稿「欠効未遂の概念について」法学研究論集第23号（平成17・2005年）1頁以下。
- (22) 団藤重光『刑法綱要総論』第3版（平成2・1990年）363頁は、「外部的障害によって物理的に犯罪の完成が妨げられたばあい」について注を打ち、「巡査に抱きとめられて実行行為を果たさなかったばあいなど。

これは実は『自己の意思に因り』という要件だけでなく、『止めた』という要件をも充たさない」と指摘している。この後段の指摘はまさに正当であるが、それゆえ、もはや任意性の問題ではない（任意性を検討するまでもなく中止未遂は成立しない）とすべきであったであろう。

このような場合以外にも、「強姦行為者が既遂に達する前に射精してしまい、肉体的に姦淫行為が欠効となった場合」や「強姦行為者が既遂に達する前に、被害者が姦淫行為に同意をしたため、強姦が法的に欠効となった場合」など、およそ中止が不可能な欠効未遂の事例はいくらでも想定しうる。ただし、法的欠効を認めるかどうかについてはドイツにおいて争いがある。拙稿「欠効未遂の概念について」前掲注(21) 1頁以下参照。

- (23) Vgl. Christian Jäger, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW, 2000, S. 784; Markus Kampermann, Grundkonstellationen beim Rücktritt vom Versuch, Zur Abgrenzung von fehlgeschlagenem, unbeendetem und beendetem Versuch in § 24 Abs.1 StGB, 1992, S. 14.
- (24) 高橋則夫『刑法総論』（平成22・2010年）388頁。
- (25) もちろん、「自己の意思」と「中止した」という文言を分離せず、「自己の意思により中止した」の解釈として、「自己の意思により」は「中止した」場合から欠効未遂を排除するためのたんなる注意的形容にすぎず、成立要件として特別の意義を有しないと解することも不可能ではないであろう（高橋教授はそのような意味で「中止行為の可能性の限界を画する機能しかない」とされたのかもしれない）。そうであれば、これまでの任意性論は、風車に立ち向かうドン・キホーテの議論であったといわざるを得ないことになるが、わたくしにはそうは思われたい。というのも、欠効未遂や中止行為態様の問題とは別に、主観的要件たる「自己の意思により」の解釈によって實際上——たとえば本稿に紹介する諸判例などのように——中止未遂の成否が分かれることは広く知られているからである。もちろん、欠効未遂の概念が広く浸透しているドイツにおいても欠効性の判断と任意性の判断はそれぞれ別の段階において別の判断として行われている（この関係についてわかりやすい図として、vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht AT., 4. Aufl., § 32 Rn 9.）。それゆえ、任意性の要件が中止行為の要件に解消されるとは思われたいのである。
- (26) 宮本英脩『宮本英脩著作集第一巻——刑法学要綱』（昭61・1986年）438頁以下。
- (27) 佐伯千仞『刑法講義（総論）』改訂版（昭49・1974年）323頁。

(28) 佐伯・前掲注(27) 324頁。

(29) 中義勝『刑法総論』(昭46・1971年) 191頁参照。

また、宮本博士も同様に「若し之を心理学的に解さば、物質的障害に基く外は、著手未遂罪は凡て中止犯となるが故なり」と述べられている。
宮本・前掲注(26) 438頁以下。

しかし、すでに指摘したとおり、心理的任意性概念に依拠する主観説が任意性を認める範囲は、外部的障害をどのようにとらえるかによるものであって、必ず任意性の範囲が広くなりすぎるというものではなく、むしろ狭すぎることもあるのである。

(30) 西田典之『刑法総論』第2版(平成22・2010年) 321頁。

(31) Bockelmann, a. a. O. (Anm. 6). S. 183.

(32) 小野・前掲注(14) 186頁。平野龍一「中止未遂の法的性格」『犯罪論の諸問題(上)』(昭和56・1981年) 165頁。川端博『刑法総論講義』第2版(平成18・2006年) 478頁等参照。

ドイツにおいては Reinhart Maurach, Strafrecht AT., 1954, S. 452; Alexander Peter Gutmann, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue, 1963, S. 120.

このような批判に連なる考えは古くから存在する。たとえば、ヴェヒターは「中止が真に任意でありさえすれば、真の悔悟によるものであるか、相手に対する同情によるものであるか、刑罰に対する恐れによるものであるかなどという中止動機は問題にならないのである」と述べている(Carl Georg von Wächter, Deutsches Strafrecht Vorlesungen, 1881, S. 220.)。

(33) 平野『刑法総論Ⅱ』前掲注(20) 334頁等参照。

(34) 西田・前掲注(30) 321頁以下。

(35) 木村・前掲注(17) 266頁。

(36) 福田・前掲注(19) 234頁。

(37) 町田行男『中止未遂の理論』(平17・2005年) 218頁以下。

なお、さらに町田氏は、「これに対して、客観説が、たとえ母親であっても、殺人罪を犯すことの考えるような者は、最後まで犯行を成し遂げるのが普通であると反論するならば、それは現実を見誤った意見である。けだし、人情と規範意識とは別の次元に属するからである。規範意識に欠如する者が、人の情に欠けるとは必ずしもかぎらないのである」とされている。

(38) 金澤・前掲注(19) 17頁以下。

- (39) 山中・『中止未遂の研究』前掲注(10) 93頁。
- (40) 川端・前掲注(32) 479頁。
- (41) 前田雅英『刑法総論講義』第4版(平成18・2006年) 160頁。
- (42) なお、この点につきそもそも木村説が本稿でいう客観説ではなく折衷説であるとしたうえで、折衷説を木村説から切り離して理解すること自体に疑問を呈するものとして、町田・前掲注(37) 237頁。
- (43) 香川達夫『刑法講義〔総論〕』第3版(平成7・1995年) 310頁以下。
- (44) 野村・前掲注(13) 129頁。
- (45) 福田・前掲注(19) 234頁。
- (46) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 41頁以下および75頁以下。
- (47) Roxin, a. a. O. (Anm. 7), S. 660f.
- (48) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 41頁および76頁。
- (49) 拙稿「ドイツ刑法24条における Freiwilligkeit の意義」前掲注(1) 67頁以下。
- (50) Roxin, a. a. O. (Anm. 7), S. 660.
- (51) “Die Vernunft eines hartgesottenen, Risiko und Chancen des konkreten Tatplans kalt abwägenden Delinquenten” (Roxin, a. a. O. (Anm.7), S. 660.)
- (52) Roxin, a. a. O. (Anm. 7), S. 660.
- (53) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Heinitz-FS, 1972, S. 266 ff.
- (54) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 35頁以下参照。拙稿「ドイツ刑法24条における Freiwilligkeit の意義」前掲注(1) 67頁以下もあわせて参照。
- (55) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 41頁以下。
- (56) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 94頁。
- (57) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 95頁。
- (58) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 95頁。
- (59) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 95頁。
- (60) 山中『中止未遂の研究』・前掲注(10) 95頁。
- (61) 浅田和茂『刑法総論』補正版(平成19・2007年) 394頁。
- (62) もっとも、一般人概念ですら当然に判断者の「一般人観」に依拠するのであるから、その意味では、一般人概念についても一義的(eindeutig)な明確化は不可能であるといえよう(この点、前述した金澤・前掲注(19) 17頁以下)。しかしながら、後述するように、また、

拙稿「不能犯における危険の概念（3）」宮崎産業経営大学法学論集第18巻1号（平成20・2008年）109頁以下で構想に少し触れたように、我々の刑法および思考は我々の言語によって規定されているのであるから、刑法的な概念はその使用によって刑事裁判の言語ゲームが成立しうる程度に明確化されればそれで足りるのである。日常言語と刑事裁判言語ゲームを成立させるための専門言語との橋渡しこそが刑法教義学の使命に他ならない。その点、「合理的人間」は、いまだ日常言語の範疇においても、専門言語の範疇においても、不明確さが残ると思われるのに対し、「通常なら」、「一般的に」という言葉は日常日本語の範疇において十分に使用に耐え得る概念といえる。あとはその概念の専門的な使用をいかに明確化するかが問題となるのである（本稿では後述するように“in dubio pro reo”に結び付けて使用する構想を提起する）。

- (63) 近時の論稿において任意性をめぐる判例を丁寧に分析したものとして、金澤・前掲注（19）8頁以下参照。
- (64) 大判大2・11・18刑録19輯1212頁。
- (65) 大判昭11・3・6刑集16巻272頁。
- (66) 最判昭24・7・9刑集3巻8号1174頁。
- (67) 最決昭32・9・10刑集11巻9号2202頁。
- (68) 大阪高判昭33・6・10裁判特報5巻7号270頁。
- (69) 東京高判昭39・8・5高刑集17巻6号557頁。
- (70) 横浜地川崎支判昭52・9・19刑裁月報9巻9・10号739頁。
- (71) 東京地判平8・3・28判時1596号125頁。
- (72) 浦和地判平4・2・27判タ795号263頁。
- (73) ただし、本判決はカッコ内にて「従たるものとしてではあっても、被害者に対する憐憫の情ないし反省・悔悟の情の存したことは、前認定のとおりである」としている。
- (74) 青森地弘前支判平18・11・16判タ1279号345頁。
- (75) 西田・前掲注（30）321頁。
- (76) 西田・前掲注（30）321頁以下。
- (77) 城下裕二「結果防止行為の真摯性」『刑法判例百選Ⅰ』第5版（平成15・2003年）143頁は、「確かに中止未遂規定には量刑判断に通じる側面があり、それは本規定の理解にとって重要な意味をもちうるが、そのことと中止要件に一般的な量刑事情と同様の内容を求めることの是非は別である」と正当にも指摘している。
- (78) 金澤・前掲注（19）46頁。